

XXV.

Ueber den Rechtssatz: servitutis in faciendo consistere nequit.

Von

Dr. Carl Leopold Goldschmidt, Advocat zu Frankfurt a. M.

Die Lehre von den Servituten dürfte, hätten die Pandecten sie nicht so enge geründet und gleichsam geschlossen auf uns gebracht, mehr als jede andre des römischen Rechts eine analoge Aus- und Fortbildung zugelassen haben, zumal da sich ihr wohl weniger eine historische, als eine auch der Zeit nach klassische Entwicklung nachweisen läßt. Lehren, die unter den Trümmern der zwölf Tafeln wurzeln und deren Wipfel von den Nebeln kaiserlicher Constitutionen umflossen sind, pflegen mehr dem rechtsgeschichtlichen Forscher, als dem rechtsanwendenden Denker, geistige Nahrung zu bieten. Weil jedoch bei den Servituten viel auf Oertlichkeiten beruhet, auf Clima, Sprache, Bauart u. dgl., so können sie nicht wohl aufhören, Gegenstand juristischer Untersuchung zu seyn. Die vorliegende Abhandlung beschäftiget ein Rechtssatz, der seit Jahrhunderten von wackern und trefflichen Männern besprochen wurde [1]. Es mag also die Bitte um Nachsicht vorangehen. Ihr Blick sey nur auf die Gesetze gerichtet.

---

1) Thibaut giebt seiner Ansicht in den Versuchen B. 1. nr. 2. der zweiten Ausgabe S. 29. noch einen bedeutenden Zusatz.

Die Servitut [2]) kann, ihrem Grundbegriffe [3]) nach, unmittelbar eine Person sub- wie objectiv zu einem Handeln oder Unterlassen weder berechtigen noch verpflichten. Wer [4]) bei dieser Unmittelbarkeit stehen bleiben, und das servitus in faciendo consistere nequit hieraus folgern wollte, müßte consequent theils den Satz ungeziemend ausdehnen, nämlich auf den Berechtigten, theils hinsichtlich des Pflichtigen ihn mehr noch beschränken und sagen, nullam servitutem in faciendo patiendove consistere posse. Resultate, welche zwar richtig im angegebenen Sinne, in der That aber entweder nichtssagend oder unwahr sind. Wird überhaupt zugegeben, daß bei der Servitut, ihrer rechtlichen Natur nach, nur von unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung einer Person die Rede seyn kann, so ist ohnehin zugleich zugegeben, daß die Frage, in wiefern die Servitut eine Person zu Handlungen verpflichten kann? allein aus der factischen Natur der einzelnen Servituten zu beantworten ist. Wie nämlich die physische Beschaffenheit fast aller Servituten den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks mittelbar zu Handlungen berechtigt, so könnte eine Servitut bei entsprechender physischer Beschaffenheit den Eigenthümer des dienenden Grundstücks mittelbar zu Handlungen verpflichten. Den Grundstücken selbst hingegen erlaubt die rechtliche Natur der Servituten ein Thun und Leiden, und wieder kömmt es auf die factische Natur der einzelnen Servituten an. In so weit nun überhaupt diese Begriffe mit leblosen Dingen verbunden werden mögen, ist gewöhnlich das berechtigte Grundstück das thuende — das leidende aber das verpflichtete Grundstück [5]). Wo nun letzteres auch thuend ist [6]), liegt ihm das bestimmte Thun mit den aus dem-

---

2) Servitut bezeichnet hier jederzeit Realservitut. 3) Praedium servit. praedio. L. 12. D. communia praedior. (8. 4). 4) Wie Zachariä in Hugo Civil. Magazin, B. II. S. 336. 5) Z. B. beim jus projiciendi. 6) Z. B. wo seine Mauer das berechtigte Haus trägt.

selben unumgänglich folgenden positiven Handlungen [7]) rechtlich ob; und da solche Handlungen vom Grundstücke selbst unmöglich vorgenommen werden können, so ist zu denselben mittelbar sein Eigenthümer verpflichtet. Auf diese Weise kann der Eigenthümer des dienenden Grundstücks mittelbar zu positiven Leistungen verpflichtet seyn, die dem Herrschenden nur entstehen können, wenn sein Recht überhaupt, oder das pflichtige Grundstück, aufgehört hat, einen Eigenthümer zu haben. Der uneingeschränkten, dem: „servitus in faciendo consistere nequit" gewöhnlich gegebenen, Deutung ist daher nicht beizustimmen.

Es soll nunmehr gezeigt werden, daß das positive Recht der entwickelten Ansicht nicht nur nicht entgegen, sondern umgekehrt mit derselben vollkommen einverstanden ist. Hierher gehört vorzüglich folgende Stelle des Pomponius [8]): servitutum non ea natura est, ut aliquid faiciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. Außerdem daß nach den von ihm angeführten Beispielen Pomponius nichts mehr scheint andeuten zu wollen, als, daß eine persönliche Handlung nicht directer, wohl gar alleiniger Gegenstand der Servitut seyn könne, ist nicht zu übersehen, daß den römischen Juristen einige wahrscheinlich gewöhnlichste, mitunter wohl älteste, Servituten vorschwebten, welche sie vorzüglich ins Auge faßten und berücksichtigten, gleichsam als die gnera servitutum [9]) betrachteten [10]), was auch von Pomponius darf angenommen werden, dessen „servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis," eine um so richtigere Bemerkung war, als in Wahrheit bei den herausgehobenen Servituten [11]), ihrer

---

7) Z. B. die Ausbesserung der das berechtigte Haus tragenden Mauer. 8) L. 15. §. 1. D. de serv. (8. 1). 9) L. 8. §. 2. D. si serv. vind. (8. 5). 10) L. 1—3. D. de S. P. U. (8. 2), L. 1. D. de S. P. R. (8. 3), Ulpianus, XIX. 1. Cajus, Inst. II, 1. §. 3. 11) Note 10.

factischen Natur nach, pflichtigerseits nur ein Leiden oder Nichtthun vorkömmt. Sobald aber den römischen Juristen eine Servitut vorgetragen ward, die, ihrer physischen Beschaffenheit gemäß, das praedium serviens zu einem Thun verpflichtete, standen sie nicht an, dessen Eigenthümer in die Leistung der aus diesem Thun nothwendig folgenden positiven Handlungen zu verurtheilen. Eine solche Servitut war die oneris ferendi causa vom Nachbar bedungen. Doch zeigte sich damals schon die Gefährlichkeit der zu großen Allgemeinheit des Satzes, servitus in faciendo consistere nequit. Aquilius Gallus, zu dessen Zeiten die s. oneris ferendi vielleicht noch ungewöhnlich seyn mochte, konnte sich, wie es scheint, in deren Eigenthümlichkeit nicht hinein denken, was seinem Schüler, Servius Sulpicius, besser glückte. Ersterer wollte, vielleicht durch irgend eine Klagformel irre gemacht, jenen allgemeinen Satz auf sie anwenden, ja, Ulpian war wohl, wenn auch dem Servius beistimmend, der Sache nicht auf den Grund gekommen [12]. — Wie dem nun aber sey, das Ausbessern und Wiederherstellen der das berechtigte Gebäude tragenden, zum pflichtigen Grundstücke gehörigen, Wand liegt, nach der sanctionirten Meinung der römischen Juristen, nicht dem Eigenthümer des herrschenden, sondern dem des dienenden praedii ob [13]. Wichtig ist insonderheit eine von Paulus herrührende Stelle [14]. Sie fängt damit an, zu bestimmen: „eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent, non eum, qui imponere vellet," und fährt fort, indem sie den Grund dieser Bestimmung angiebt: „nam cum in lege aedium ita scriptum esset: paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere." Paulus

12) L. 6. §. 2. seqq. L. 8. pr. — §. 2. si serv. vind. (s. 5). 13. L. 6. §. 2. — L. 8. §. 2. cit. 14. L. 33. D. de S. P. U. (8. 2).

hat hier den gewöhnlichen Fall vor Augen, daß die Servitut auf eine bereits stehende Mauer bedungen worden, in welchem Falle die von ihm angeführte Formel wohl gebraucht ward, wie solche auch in ähnlichen Fällen üblich war [15], und meint, es sey klar genug festgesetzt, die Mauer müsse ewig da seyn, erklärt sich jedoch über diese ewige Dauer folgendergestalt: „non enim hoc verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusmodi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret;“ und schließt, den andern Fall einer auf eine neu aufgeführte Mauer bedungenen Servitut beachtend: „quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, quae onus suum sustineret, si ea res, quae servit, et tuum onus ferret, perisset, alia in locum ejus dari debeat.“ Schon der Schluß ergiebt, daß Paulus in dieser Stelle nicht aus einem bestimmten ihm vorgelegten Vertrage [16], sondern im Allgemeinen aus der Natur dieser Servitut gegen den Eigenthümer der verpflichteten Sache entscheidet, wie er ein gleiches an einem andern Orte thut [17]. Ohnehin würde es im Vertrage nicht geheißen haben, paries, sondern columna. Er giebt vielmehr den richtigen Grund an, bei dieser Servitut ist das Grundstück schuldig, in perpetuum [18] auf seiner Mauer einen nachbarlichen Bau zu tragen, da aber der Natur der Dinge nach eine solche nicht von ewiger Dauer seyn kann, muß für deren Ausbesserung und Ergänzung gesorgt werden, und zwar, weil dies dem Grundstücke selbst unmöglich, ist mittelbar dessen Eigenthümer dazu verpflichtet. Dieser Verpflichtung hatte der Eigenthümer des dienenden Grundstücks ohne besondere Verabredung, wohl aber konnte der zu beobach-

---

15) Brisonius, de formulis, VI. 144, 145. 16) Wie manche irrig glauben, Glück, Commentar, §. 661, 667. 17) L. 7. D. si serv. vind. (8. 5). 18) Omnes autem servitutes pradiorum perpetuas causas habere debent, Paulus, in L. 28. D. de S. P. U. (8. 2).

tende modus refectionis verabredet werden 19); weder aus dem Sinne noch aus der Formel der Servitut ließ sich jedoch folgern, daß er den nachbarlichen Bau während der Ausbesserung der Mauer gar stützen müsse 20); so bald und so lange das dienende Grundstück derelinquirt war, hörte überhaupt jene Verbindlichkeit auf 21).

Nun fragt es sich, dürfen diese bei der s. oneris ferendi geltenden Grundsätze auf andre Servituten, ähnlicher physischen Beschaffenheit, angewendet werden? Diese Frage kann unbedingt bejahet werden; denn die s. oneris ferendi unterscheidet sich von den gewöhnlichen Servituten des römischen Rechts, von denen die Regel galt 22): „in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit," durch factische Eigenthümlichkeit 23), von der die rechtliche blos eine nothwendige Folge ist. Wo also jene sich wieder findet, kann auch diese nicht ausbleiben. Nur ist immer genau zu erforschen, ob ein dem pflichtigen Grundstücke obliegendes Thun eigentlich im Sinne der bestellten Servitut liegt. So setzt z. B. das jus tigni immitendi, das mit der s. oneris ferendi auf den ersten Anblick Aehnlichkeit hat, dennoch beim dienenden Grundstücke seinem eigentlichen Sinne nach nur ein Leiden voraus 24). Es sind aber andre Servituten denkbar, die dem pflichtigen Grundstücke ein solches Thun wirklich ihrem Sinne nach auferlegen; z. B. es wäre zum Abflusse vom Regen oder sonstigem Wasser ein Graben aus einem Grundstücke durch ein benachbartes gezogen. Das dienende Grundstück würde da nicht, wie etwa beim römischen jus stillicidii, blos leidend, das Wasser nämlich auf-

---

19) L. 6. §. 2, 5. D. si serv. vind. (8. 5). 20. (L. pr. D. eod. 21) L. 6. §. 2. in fin. eod. 22) L. 6. §. 2. cit. 23) Deshalb bediente sich wohl Ulpian des Ausdrucks, in proposita specie, als Gegensatz zum quod non est contra genera servitutum, da L. 6. und L. 8. cit. ursprünglich wohl zusammenhiengen. 24) L. 8. §. 2. cit.

nehmend, sondern zugleich thuend seyn, indem er das Wasser des herrschenden Grundstücks ableitet. Nun wäre der Graben auf dem dienenden Grundstücke verstopft, dergestalt, daß der Abfluß des Wassers vom herrschenden praedio dadurch unmöglich würde, oder sonst an jenem Theile des Grabens etwas herzustellen, und es entstünde die Frage: wer für die Reinigung oder Ausbeßrung des Grabens solchenfalls zu sorgen verpflichtet sey? Sie könnte nur zum Nachtheile des Eigenthümers des dienenden Grundstücks entschieden werden. Sein Grundstück ist einmal verpflichtet, vermittelst des Grabens das auf dem herrschenden Grundstücke sich sammelnde Wasser immerwährend abzuleiten; eine nothwendige Folge davon ist die Reinigung und und Ausbesserung seines Theils des Grabens; weil aber dies dem Grundstücke selbst unmöglich ist, so hat mittelbar der Eigenthümer hiefür Sorge zu tragen. Glücklicherweise ist dieser Fall den römischen Juristen vorgelegt, und von ihnen, wie angegeben, entschieden worden [25].

Das Resultat dieser Untersuchung muß seine Anwendung auf vorkommende Fälle freilich vorzüglich dem richtigen Tacte des Entscheidenden überlassen. Allein welche Rechtslehre muß dies nicht, und hat man nicht täglich in der Ausübung Beispiele, daß die möglichste Klarheit und Bestimmtheit eines Gesetzes dessen verkehrte Auffassung und Anwendung auf zu entscheidende Streitigkeiten von Seiten des Richters nicht zu hindern vermögen? Doch dürfte vielleicht die Erfahrung als entsprechend die leichter faßliche, an das bekannte: casum sentit dominus sich reihende, Regel rechtfertigen: daß wenn ein allein oder vorzüglich [26]) zur Ausübung der Servitut errichtetes oder vorhandenes Werk [27]) einen Theil des dienenden Grundstücks ausmacht, der dominus praedii servientis zur Ausbesserung und Wiederherstellung desselben gehalten ist. —

25) L. 2. §. 4, 7. D. de aqua (39. 3). 26) Das jus tigni immittendi z. B. ist darum hierunter nicht begriffen. 27) Iter, actus etc. gehört also nicht hierher.